



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA- UNICEUB
FACULDADE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS- FAJS
Curso de Direito

PAOLA MARTINS MOREIRA

***ROMEO AND JULIET LAW: ESTUDO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO DE INSTITUTO SEMELHANTE À EXCEÇÃO NORTE-AMERICANA
AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO***

Brasília

2017

PAOLA MARTINS MOREIRA

***ROMEO AND JULIET LAW: ESTUDO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO DE INSTITUTO SEMELHANTE À EXCEÇÃO NORTE-AMERICANA
AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO***

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Prof. Georges Carlos Fredderico
Moreira Seigneur

Brasília

2017

PAOLA MARTINS MOREIRA

***ROMEO AND JULIET LAW: ESTUDO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO DE INSTITUTO SEMELHANTE À EXCEÇÃO NORTE-AMERICANA
AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO***

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do Centro Universitário de Brasília –
UniCeub.

Orientador: Prof. Georges Carlos Fredderico
Moreira Seigneur

Brasília, _____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur
Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Agradeço e dedico esse trabalho aos meus pais, Gilson e Denise, com todo o meu amor e gratidão, por tudo que fizeram por mim ao longo de minha vida. Desejo poder ter sido merecedora do esforço dedicado por vocês em todos os aspectos, sobretudo quanto à minha formação.

Ao meu irmão Pedro Otávio, que em pequenos detalhes, me inspira diariamente com sua dedicação, esmero e perseverança em tudo o que realiza.

Aos meus familiares, pelo apoio fiel e incessante.

Aos amigos que fiz durante os cinco anos de graduação, por dividirem minhas lutas, sorrirem minhas conquistas e tornarem todo o caminho mais leve.

À equipe do Escritório de Advocacia Donati Barbosa, por me despertar o gosto para bela e gratificante atuação na defesa criminal. Em especial aos amigos Amanda, Brian e Guilherme, por todos os sorrisos, conselhos e, especialmente, por compartilharem comigo os difíceis momentos desse final de curso.

Por fim, ao Professor Georges, meu orientador, pela paciência tão cordialmente dispensada, sem a qual esse trabalho não poderia ter sido concluído.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a necessidade e a possibilidade de se aplicar instituto semelhante às Exceções de Romeu e Julieta ao ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de relativizar-se a presunção de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável, no tocante aos menores de 14 anos. O estudo temático baseou-se na decisão proferida em 2015 pelo Superior Tribunal de Justiça, que em sede de julgamento no rito dos recursos repetitivos, pacificou o entendimento de que a vulnerabilidade deve ser considerada sempre em seu viés absoluto. Nos Estados Unidos, são aplicadas as Exceções de Romeu e Julieta nos casos em que a diferença entre a idade da vítima e a do suposto agressor seja inferior a um lapso determinado por lei, que varia de estado para estado. Assim como ocorrer no ordenamento norte-americano, a implementações de exceções, relativizaria a vulnerabilidade, possibilitando ao magistrado a análise do caso concreto para evitar que jovens sejam criminalmente responsabilizados por exercerem plenamente uma garantia constitucional que é conferida, qual seja o direito à liberdade sexual.

Palavras-Chave: Direito Penal. Crimes Contra a Dignidade Sexual. Estupro de Vulnerável. Presunção relativa de vulnerabilidade. Direito Comparado. *Romeo and Juliet Law*.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 6 |
| 1 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... | 9 |
| 1.1. A presunção de vulnerabilidade e a divergência doutrinária e jurisprudencial... | 10 |
| 1.1.1. Entendimento contrário à relativização da vulnerabilidade..... | 11 |
| 1.1.2. Entendimento favorável à relativização da vulnerabilidade..... | 14 |
| 2 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO NORTE-AMERICANO..... | 17 |
| 2.1. Apontamentos históricos acerca do estupro de vulnerável nos Estados Unidos..... | 17 |
| 2.2. Das consequências da imposição do registro permanente do agressor sexual. | 20 |
| 2.2.1. Impactos causados nas oportunidades de emprego..... | 21 |
| 2.2.2. Impactos causados pelas restrições residenciais..... | 22 |
| 2.2.3. Impactos gerados na família do agressor..... | 22 |
| 2.2.4. Efeitos duradouros do registro como agressor sexual..... | 23 |
| 2.3. A Exceção de Romeu e Julieta como mecanismo de proteção aos jovens..... | 24 |
| 3 ANÁLISE ACERCA DA NECESSIDADE DE SE ADOPTAR UM SISTEMA SEMELHANTE À EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... | 31 |
| 3.1. O desenvolvimento sexual precoce dos jovens brasileiros e a necessidade de adequação das normas penais à essa realidade..... | 31 |
| 4 CONCLUSÃO..... | 44 |
| REFERÊNCIAS..... | 47 |

INTRODUÇÃO

Em outubro de 2015, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou acerca de um tema que há muito vem sendo tratado de modo velado, ante a complexidade e preconceito característicos. O posicionamento do Egrégio Tribunal – defendido pelo Ministro Rogério Schietti e acompanhado por seus pares – acerca da possibilidade de se relativizar a presunção de vulnerabilidade no crime de estupro praticado contra menores de 14 anos se firmou no sentido de que essa mitigação não é possível, em respeito ao princípio da ampla proteção aos menores.

Tal decisão, proferida em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, serviu de parâmetro para todos os outros casos semelhantes existentes na Corte, o que gerou diversas consequências para o polo passivo da ação penal, servindo como referencial para edição da Súmula nº 593, do Superior Tribunal de Justiça. Seria essa uma inegável ofensa ao princípio da presunção de inocência? A análise do caso concreto deve ser deixada de lado ante a existência desse precedente?

Noutro giro, buscando respostas a essas questões, recorreremos ao direito comparado para garantir de maneira eficaz a proteção de nossas crianças contra abusos sexuais, sem fecharmos os olhos aos avanços da juventude moderna, bem como às particularidades do caso concreto.

As leis adotadas nos Estados Unidos – objeto de estudo desse trabalho – utilizaram um critério bastante curioso: há exceções que extinguem a punibilidade ou abrandam a pena para casos em que a idade dos supostos agressores e vítimas esteja entre um determinado intervalo. Desse modo, evita-se a condenação daqueles jovens que apenas estão exercendo o seu direito fundamental à liberdade sexual.

Dessa forma, o presente estudo busca analisar a possibilidade de se aplicar instituto semelhante às Exceções de Romeu e Julieta (*Romeo and Juliet Laws*) no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se relativizar a presunção de vulnerabilidade dos menores de catorze anos no crime de estupro, de modo a possibilitar aos julgadores uma análise do caso concreto, a fim de reconhecer a existência do consentimento desses adolescentes, bem como da existência de

relacionamento prévio, de aceitação da família, dentre outras peculiaridades que tornariam desnecessária – e traumática – a condenação de seus parceiros sexuais.

No primeiro capítulo, será objeto de análise o ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando-se a divergência doutrinária existente em torno da possibilidade de se relativizar a vulnerabilidade dos menores de catorze anos, que se encerrou com a edição da Súmula nº 593 pelo Superior Tribunal de Justiça. Também será discutido o critério meramente etário adotado pelo Código Penal para determinar aquele que seria considerado “vulnerável”, o que resulta num claro tolhimento ao exercício do direito de liberdade e de autodeterminação sexual de crianças e adolescentes.

No segundo capítulo será estudado o tratamento dado pelas leis norte-americanas ao crime de estupro de vulnerável, destacando-se os apontamentos históricos relevantes, bem como os efeitos permanentes da condenação que recaem não só sobre o apenado, mas também à seus familiares. Será analisado como a adoção das Exceções de Romeu e Julieta relativizaram as leis gravosas adotadas pelo país, afim de proteger indivíduos de serem registrados como agressores sexuais indevidamente.

Caminhando para a conclusão dessa trabalho, o terceiro e último capítulo abordará a possibilidade de se aplicar instituto semelhante às Exceções de Romeu e Julieta no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se mitigar a presunção de vulnerabilidade. Tal necessidade será demonstrada ante o exame de dados que comprovem o amadurecimento sexual precoce da juventude, bem como da análise de casos concretos que permitiriam a relativização, com intuito de evitar a ofensa a diversos princípios consagrados pela Constituição Federal.

Devido à escassez de bibliografia pátria relacionada ao tema em questão, o embasamento teórico do presente trabalho, no tocante ao tratamento da legislação alienígena, dar-se-á, majoritariamente, pelo uso de artigos certificados pelas maiores Universidades dos Estados Unidos, bem como de livros estrangeiros e legislação própria de cada estado. O estudo do ordenamento brasileiro será realizado mediante consulta à doutrina penalista e pela jurisprudência oriunda de diversos tribunais brasileiros.

Ao final, objetiva-se demonstrar que considerar a presunção de vulnerabilidade de forma rígida e absoluta, se utilizando de critérios meramente etários, denota um excesso de paternalismo estatal, que está enraizado em preconceitos e tabus, impedindo legisladores e magistrados de enxergarem com clareza, livres de imposições morais, religiosas e culturais.

1. O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

A dignidade sexual é um bem jurídico amplamente tutelado no ordenamento jurídico brasileiro, tanto em sede constitucional – em razão da sua íntima ligação com o princípio da dignidade humana, bem como com o direito fundamental à intimidade, à vida privada e à honra, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Carta Magna –, quanto pela legislação ordinária, amparada pelo Código Penal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A tipificação das condutas que atentam contra a dignidade sexual, conforme explica Nucci, objetiva “proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência”¹. Já nos dizeres de Mirabete, a criminalização dessas garante o “sadio desenvolvimento da sexualidade e a liberdade de cada indivíduo de vivenciá-la a salvo de todas as formas de corrupção, violência e exploração”².

Por essa razão, os crimes sexuais são ilícitos de natureza grave, constando no rol de crimes hediondos, conforme o disposto no artigo 1º, incisos V e VI, da Lei nº 8.072/1990. A hediondez se justifica pelo fato de que tais violações abrangem bens jurídicos de crucial relevância, que acarretam consequências físicas e psicológicas irremediáveis às vítimas.

No Código Penal Brasileiro, a salvaguarda da dignidade sexual é realizada por meio das tipificações previstas no Título VI, em seus artigos 213 a 234-B. Destaca-se que o legislador ordinário visou criminalizar as mais variadas condutas, a fim de oferecer extensa proteção ao bem jurídico. Dentre esses tipos penais, destaca-se o crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, que será objeto de análise pormenorizada no presente estudo.

Ao se destinar um capítulo para tratar somente acerca dos crimes sexuais praticados contra vulnerável, houve o intuito de preservar esses indivíduos com

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

² MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal*, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 402-403

maior rigor do que aquele existente no crime de estupro, previsto no artigo 213. Isso se deve ao fato de que, diante da fragilidade a qual estão submetidos os menores de 14 anos, a garantia do princípio constitucional da isonomia deve prevalecer.

Tal princípio tem como uma de suas maiores premissas tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Nesse sentido, se faz necessário proteger essas crianças e adolescentes da exploração sexual realizada por terceiros, sob o argumento de que esses não possuem discernimento necessário para consentir a prática de atos sexuais.

Segundo Martinelli “ausente a autonomia para decidir sobre comportamentos relevantes, estes poderão ser prejudiciais à pessoa vulnerável, pois não há capacidade para compreender e refletir, devidamente, sobre o caso”³. Por esse motivo, o autor estabelece três requisitos indispensáveis para considerar válido o consentimento, quais sejam: “(1) autonomia para dispor do bem jurídico; (2) consciência das prováveis consequências do ato para o qual se consente; (3) disponibilidade do bem jurídico”⁴.

Ao lecionar acerca da difícil e controversa conceituação de vulnerabilidade, Plínio Gentil afirma que:

“Incapaz de oferecer resistência é quem não pode fazer oposição eficiente à conduta do sujeito ativo. Essa incapacidade pode ser prematura ou temporária, duradoura ou ligeira, motivada por causas naturais ou provocada. Se a pessoa está nessa condição, é considerada vulnerável”.⁵

Noutras palavras, para ser capaz de dar um consentimento válido à prática da atividade sexual, o indivíduo precisa, em síntese, estar apto a “discernir e ser livre para agir conforme sua consciência”, devendo assim compreender claramente os riscos e as possíveis consequências inerentes à iniciação na vida adulta.

1.1. A presunção de vulnerabilidade e a divergência doutrinária e jurisprudencial

³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual. Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, v. 11, n. 68, p. 7-24, jun./jul. 2011, p. 8.

⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual. Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, v. 11, n. 68, p. 7-24, jun./jul. 2011, p. 8.

⁵ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. Crimes Contra a Dignidade Sexual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191.

A presunção de vulnerabilidade, elemento que se mostra inerente ao tipo penal do estupro de vulnerável – posto que pode ser utilizado para afastar a tipicidade da conduta – é ponto de inconsonância na doutrina e na jurisprudência, pois há autores que possuem entendimento no sentido de que esta é relativa, ou seja, passível de mitigação ante a análise do caso concreto, enquanto os Tribunais Superiores e parte minoritária dos doutrinadores entendem que esta é absoluta, não podendo ser objeto de discussão, considerando os menores de 14 anos sempre como vulneráveis, independentemente da análise in casu.

1.1.1. Entendimento contrário à relativização da vulnerabilidade

O entendimento majoritário da doutrina é no sentido de que a presunção de vulnerabilidade é absoluta, isso é, no tocante especificamente aos menores de 14 anos, as delimitações estabelecidas pelo legislador ordinário não são passíveis de relativização.

Noutras palavras, isso significa dizer que, independente do consentimento da vítima ou qualquer outro fator que descredibilize a prática do crime de estupro de vulnerável, a conduta sempre estará caracterizada, posto que o fator levado em consideração para tanto é somente a idade da vítima, não sendo possível a análise do caso concreto.

Partidário desse entendimento, Mirabete defende que “a lei não concedeu ao juiz margem de discricionariedade que permita aferir no caso concreto o grau de maturidade sexual do menor para a aplicação dos diversos dispositivos legais”⁶.

Para esses autores, a reforma do Código Penal promovida pela Lei nº 12.015/2009 reforçou o caráter absoluto da presunção de vulnerabilidade. Tudo isso porque o legislador, ao editar referida lei, optou por não se utilizar do critério etário estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabeleceu a idade de 12 anos como marco final da infância e início da adolescência.⁷

A maior novidade legislativa promovida pela Lei 12.015/2009, que trouxe diversas alterações ao Código Penal, consiste na criação da tipificação do estupro

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. Manual de Direito Penal, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 425

⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. Manual de Direito Penal, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 425

de vulnerável, previsto no artigo 217-A. Anteriormente, com a antiga redação, o ordenamento penal brasileiro não previa especificamente tal conduta. Segundo Nucci, “a anterior previsão do art. 224, referindo-se à presunção de violência, deixou de existir como norma autônoma, passando a integrar a composição do tipo penal”.⁸

Dessa forma, ter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de catorze anos, configura a prática do crime de estupro de vulnerável, sujeito à pena de reclusão, de oito a quinze anos. Para tanto, basta que se pratique o ato, sendo irrelevante o consentimento do menor.

Em sua obra, Rogério Greco demonstra que com a publicação da Lei nº 12.015/2009, a alteração do Código Penal que incluiu o artigo 217-A acabou com o questionamento acerca da possibilidade de se relativizar a conduta. Veja-se:

“Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos. [...]. O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal.

Como dissemos anteriormente, existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de estupro de vulnerável. [...]. O núcleo ter, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo constringer, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, conjunção carnal, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não terem sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (catorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável.”⁹

Fica evidente que a lei – em tese – excluiu toda e qualquer possibilidade de se relativizar a vulnerabilidade, adotando-se assim um critério objetivo que se

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: as alterações trazidas pela Lei 12.015/2009*. Artigo disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/crimes-contra-dignidade-sexual-alteracoes-trazidas-pela-lei-12-0152009>. Acesso em 08/06/2017.

⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, v. III, Parte Especial, 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 532-534.

baseia exclusivamente na idade da vítima, não sendo cabível a análise de seu consentimento, experiências sexuais antigas ou forma física.

Na lição de Paulo César Busato, também fica claro o seu parecer contrário à relativização da vulnerabilidade, invocando – mais uma vez – o argumento de que o caráter absoluto ficou ainda mais evidente com a reforma realizada pela Lei nº 12.015/2009. Para o professor,

“O legislador decidiu deixar clara a opção por uma presunção absoluta, ao estabelecer um tipo penal como o do art. 217-A, em que se especifica claramente o caráter objetivo e concreto do limite biológico que impõe responsabilidade ao autor¹⁰”.

Os tribunais superiores também já sedimentaram o entendimento de que a presunção de vulnerabilidade é absoluta. A jurisprudência pátria revela que

“segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual se tornou irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito”.¹¹

Noutras palavras, segundo o entendimento majoritário, é irrelevante os fatores subjetivos do caso concreto para caracterização do crime de estupro de vulnerável. Não podem ser invocadas como teses de defesa o consentimento da vítima, sua compleição física ou eventual experiência sexual anterior.

No Superior Tribunal de Justiça, tal assunto foi discutido sob o rito dos recursos repetitivos – como se verá mais detalhadamente no terceiro capítulo do presente trabalho – assentando a seguinte tese, que deu origem à Súmula nº 593 da Corte:

“O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.”.¹²

A resolução da questão no rito dos recursos repetitivos serviu como parâmetro para orientar as demais instâncias do Poder Judiciário, a fim de evitar que a grande quantidade de recursos especiais fundamentados em posições favoráveis

¹⁰ BUSATO, Paulo César. Direito Penal. Parte Especial 1. São Paulo: Atlas, 2014, p. 833.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no REsp 1435416/SC. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Julgado em 14/10/2014. Publicado no DJe em 03/11/2014.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593.

à relativização da vulnerabilidade cheguem a ser julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

No Supremo Tribunal Federal, adota-se o mesmo entendimento quanto a inviabilidade de flexibilizar a presunção de vulnerabilidade:

“A anuência da menor e sua experiência sexual anterior em nada interferem para afastar a tipicidade da conduta dos embargantes, pois o critério etário é objetivo, o que enseja o caráter absoluto da presunção de violência – o consentimento da criança menor de 14 anos, anterior experiência sexual e aparência física da vítima não possuem relevância para a caracterização do crime de estupro, devendo a presunção de violência, anteriormente estabelecida no art. 224. Alínea a, do código penal, ser considerada de natureza absoluta”¹³.

Dessa forma, conclui-se que a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal estão em consonância com o critério objetivo estabelecido pelo legislador no Código Penal, não admitindo-se, portanto, a mitigação da presunção de vulnerabilidade sob nenhum pretexto.

1.1.2. Entendimento favorável à relativização da vulnerabilidade.

Nota-se uma preocupação quase que paternalista por parte daqueles que defendem o caráter absoluto da presunção de vulnerabilidade. Tal preocupação em preservar essas crianças e adolescentes considerados vulneráveis é vista com outros olhos por parte da doutrina, que diverge do modo extremista que o assunto é tratado.

Guilherme de Souza Nucci é partidário desse entendimento. Para ele, analisar a presunção de vulnerabilidade sob um viés absolutista mostra-se um opção equivocada do legislador ordinário. Tudo porque a carência de uma análise do caso concreto ocasiona uma ofensa à autonomia sexual e ao princípio da intervenção mínima.¹⁴

Em sua obra, Nucci faz comentários às alterações no Código Penal Brasileiro, trazidas pela Lei nº 12.015/09:

Nesta nova versão do tipo penal, inobstante a supressão da expressão "violência presumida", a "proteção conferida aos menores de 14 (quatorze) anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 945868/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 17/02/2016. Data de publicação no DJe: 23/02/2016.

¹⁴NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual. Comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 37.

jurisprudencial. O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.¹⁵

Os princípios da intervenção mínima (também conhecido como princípio da subsidiariedade) e da ofensividade estão intimamente relacionados, pois ambos objetivam uma contenção da interferência estatal na esfera privada, a fim de garantir que os tutelados possam exercer suas liberdades de forma ampla.

Nos ensinamentos de Nucci, “o princípio da intervenção mínima significa que o Direito Penal, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, deve intervir minimamente na vida privada do cidadão”¹⁶. Noutras palavras, a norma penal deve ser utilizada como *ultima ratio*, ou seja, somente na ausência de outra forma de resolução do conflito, por intermédio dos outros ramos do direito. Por esse motivo, o autor acrescenta que “o caminho ideal é a busca da descriminalização, deixando de considerar como infração penal uma série de situações ainda hoje tipificadas como tal.”¹⁷

O princípio da ofensividade preceitua que a intervenção punitiva estatal somente se justifica se estivermos diante de um “efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado”¹⁸. Dessa forma, infere-se da lição de Bittencourt, que não há necessidade de aplicação da norma penal se ausente a efetiva lesão – ou perigo de ocorrência desta – ao bem amparado pelo ordenamento jurídico.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual. Comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Ed. RT, 2009

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípio da Intervenção Mínima e Contravenções Penais*. Artigo disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/principio-da-intervencao-minima-e-contravencoes-penais>. Acesso em 09/06/2017.

¹⁷ I NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípio da Intervenção Mínima e Contravenções Penais*. Artigo disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/principio-da-intervencao-minima-e-contravencoes-penais>. Acesso em 09/06/2017..

¹⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

André Estefam, em sua obra, também reitera que não há ofensa ao bem jurídico tutelado, ou seja, a dignidade sexual dos menores de 14 anos, se esses forem capazes de consentir. Por essa razão, defende que “o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo), admitindo prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescentes (indivíduos maiores de 12 anos já completados)”¹⁹. E ainda exemplifica seu entendimento: se “a suposta vítima possui 13 anos de idade e vida sexual ativa e, voluntariamente, pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua 'dignidade sexual')”²⁰.

Os autores Paulo Costa Jr. e Fernando Costa entendem que, “nos dias atuais, pessoas com doze ou treze anos podem ter amadurecimento suficiente para decidir a respeito da sua liberdade sexual. Daí a necessidade de relativização da norma”²¹. Dessa forma, interpretar a presunção de vulnerabilidade sob um viés absolutista implica em admitir, por exemplo, que

“uma menina de treze anos que quisesse ter relação com o namorado, com o seu consentimento e muitas vezes até mesmo com orientação dos pais, não poderia tê-la sob pena de seu namorado praticar um crime hediondo”²².

Não há como se manter critérios rígidos e absolutos para aferir a vulnerabilidade de um indivíduo. Considerar apenas a idade para avaliar a validade do consentimento para a atividade sexual é ignorar as particularidades de cada ser humano, que se desenvolve e amadurece ao seu próprio tempo.

¹⁹ ESTEFAM, André. Crimes Sexuais. Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁰ ESTEFAM, André. Crimes Sexuais. Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

²¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José. Código Penal comentado. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²² COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José. Código Penal comentado. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

2. O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO ORDENAMENTO NORTE-AMERICANO.

Assim como no Brasil, nos Estados Unidos também é adotado um critério etário para que seja estabelecido o consentimento válido de um indivíduo para a prática sexual, que tem como marco a idade de 16 anos. Ou seja, no ordenamento norte-americano, a legislação que regula o estupro de vulnerável é ainda mais severa, por considerar como referência uma idade maior do que a utilizada no Brasil, que – por determinação do artigo 217-A do Código Penal – é pautada nos 14 anos.

Devido à sua forma de estado, cada um dos 50 estados do território dos Estados Unidos possui leis locais próprias, que determinam suas peculiaridades, tais como diferenciações nas idades de consentimento e exceções que afastam a punibilidade entre atos sexuais praticados entre indivíduos de idades próximas.

2.1. Apontamentos históricos acerca do estupro de vulnerável nos Estados Unidos.

As leis que regulam o estupro de vulnerável nos Estados Unidos criminalizam a prática de qualquer ato sexual com crianças e adolescentes que ainda não possuem idade suficiente para dar consentimento legal para o sexo²³. Esse tipo de legislação existe no Direito Inglês há mais de setecentos anos, sendo que primeira lei que criminalizava o estupro surgiu na Inglaterra, em 1275, e proibia que crianças menores de 12 anos consentissem em ter relações sexuais²⁴. Entretanto, tal norma representava apenas uma manifestação do poder exercido pelos homens sobre o gênero feminino.

Neste momento, as mulheres eram consideradas como bens móveis. Sua família as casariam com um jovem de outra família, mediante o pagamento de dote. Sendo assim, a castidade possuía valor monetário significativo e os pais de uma mulher receberiam um valor maior pelo casamento da filha se a noiva fosse comprovadamente casta no momento em que foi celebrado o casamento. Por esta razão, a violação sexual era originalmente considerada como um crime contra a

²³ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 147.

²⁴ COCCA, Carolyn. *Jailbait: The Politics of Statutory Rape Laws in the United States*. New York: State University of New York, 2004, p. 10.

propriedade. Esse tipo de entendimento foi posteriormente adotado pelo ordenamento americano, permanecendo até hoje como alicerce das atuais leis de estupro na América do Norte.²⁵

Pertinentes são os apontamentos realizados pela cientista social Carolyn E. Cocca em sua obra *Jailbait: The Politics of Statutory Rape Laws in the United States*²⁶. Segundo a autora, a lei de estupro colonial americana basicamente importou a linguagem trazida pela legislação inglesa. Alguns estados optaram por definir como idade de consentimento os doze anos completos, enquanto outros adotaram dez. A idéia, contudo, era completamente dissociada do ideal de proteção à criança e ao adolescente.

Pouco importava ao legislador a falta de consentimento e a violação da ofendida: a intenção era apenas a de resguardar a integridade do bem a ser adquirido pelo futuro marido. Segundo Carolyn, as leis ainda guardam consigo esse resquício do machismo da época, pois até hoje vigoram cláusulas que excluem a tipicidade do crime se a vítima for casada com o agressor, não penalizando a hipótese de estupro marital.²⁷

No início do século XX, no entanto, os estados começaram a aumentar a idade de consentimento para até vinte e um anos, a fim de evitar que os jovens se envolvessem em relações sexuais não matrimoniais. Originalmente, a idade do agressor não teve impacto sobre a severidade de uma punição por estupro, porque não era considerada um elemento do crime. Isso levou a uma falha na diferenciação entre atos sexuais entre pares e a efetiva exploração sexual de jovens por homens mais velhos.²⁸

Isso é diferente hoje: alguns estados levam em consideração a diferença de idade entre a suposta vítima e o suposto perpetrador ao determinar a punição por estupro. Em alguns poucos estados, o ofensor será responsabilizado mesmo que

²⁵ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 148.

²⁶ COCCA, Carolyn. *Jailbait: The Politics of Statutory Rape Laws in the United States*. New York: State University of New York, 2004, p.11.

²⁷ COCCA, Carolyn. *Jailbait: The Politics of Statutory Rape Laws in the United States*. New York: State University of New York, 2004, p. 11.

²⁸ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 148.

possua a mesma idade da vítima. Contudo, o critério utilizado na maioria do país é aquele em que se estabelece um intervalo entre a idade de ambos os envolvidos, que – se verificado juntamente a existência de consentimento – resulta na atipicidade do delito.²⁹

Originalmente, as leis penais contra o estupro eram direcionadas à um gênero específico: elas puniam o homem que se relacionasse com uma mulher, não sendo essa sua esposa, com idade inferior àquela estabelecida no ordenamento de cada estado. Noutras palavras, apenas era reconhecida a violação de jovens do sexo feminino. Atualmente, houve a adequação de tais leis, a fim de proteger os interesses de crianças e adolescentes de ambos os gêneros.³⁰

Evidentemente, houve mudanças significativas na forma como as mulheres são tratadas desde 1275, posto que as leis de estupro evoluíram e abandonaram o ideal de propriedade exercido sobre a figura da mulher, optando por proteger toda a juventude, sem distinção de sexo, além de abrangerem também outros objetivos, tais como proteger os jovens da atividade sexual coagida, reforçar a moralidade social e prevenir a gravidez na adolescência.³¹

Alguns estados igualmente escolheram adotar as Exceções de Romeu e Julieta. O nome dessa lei alude à história imortalizada de William Shakespeare, protagonizada pelos jovens Romeu e Julieta, sendo que esta possuía apenas 13 anos de idade. Caso o romance ocorresse nos dias atuais, o jovem apaixonado seria penalmente responsabilizado em grande parte dos estados da federação norte-americana.

Estas leis destinam-se a diminuir a punição dos adolescentes que, em tese, teriam praticado o crime de estupro de vulnerável, para que não sejam sentenciados da mesma forma que os delinquentes adultos. A pior consequência de suportar uma condenação por tal tipo penal é a de ter que se registrar permanentemente como ofensor sexual. Sob a proteção dessa Exceção, os

²⁹ COCCA, Carolyn. *Jailbait: The Politics of Statutory Rape Laws in the United States*. New York: State University of New York, 2004, p. 11

³⁰ COCCA, Carolyn. *Jailbait: The Politics of Statutory Rape Laws in the United States*. New York: State University of New York, 2004, p. 11.

³¹ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 149.

adolescentes podem ser beneficiados com a redução da pena e com a dispensa do registro.

2.2. Das consequências da imposição do registro permanente do agressor sexual.

Outra questão que deve ser levantada é acerca da imposição do registro como ofensor sexual, que trazem consequências permanentes àqueles que o recebem. A sociedade norte-americana apoia firmemente as leis de registro e notificação de agressores sexuais e isso se deve à crença popular de que ter o conhecimento acerca de onde os agressores sexuais vivem na comunidade, ajudará a protegê-los ou a seus filhos de futuros crimes sexuais. Este ponto de vista não é destituído de mérito, já que alguns ofensores sexuais podem reincidir, o que colocaria um sério risco para as pessoas na comunidade.³²

O Estatuto da Flórida reforça uma série de requisitos e proibições sobre os agressores sexuais registrados. A legislação justifica que, devido ao alto nível de ameaça que um predador sexual apresenta à segurança pública, e os efeitos a longo prazo sofridos por vítimas de delitos sexuais, há um interesse significativo do Estado em monitorar a liberação desses criminosos na comunidade, supervisionando-os, fazendo cumprir leis de registro e notificação, restringindo certas oportunidades de emprego para os delinquentes sexuais e determinando os locais em que esses poderão estabelecer residência.³³

A legislação - apesar de suas boas intenções - admite mesmo que "o custo da vitimização de ofensores sexuais para a sociedade em geral, embora incalculável, é claramente exorbitante". Embora seja certamente necessário evitar esses atos ilícitos, a maioria das pesquisas mostra que as leis de registro e notificação de ofensores sexuais provaram ser em grande parte ineficazes.³⁴

³² TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 149.

³³ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 155.

³⁴ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 149.

Os críticos de tais políticas argumentam que as leis de registro de delinquentes sexuais não funcionam, ou seja, não reduzem a prática do crime de estupro. Os efeitos estigmatizantes das restrições de registro, notificação e residência podem encorajar o comportamento violento que eles visam dissuadir. Este argumento é sólido, uma vez que estas políticas têm sido conhecidas por ter um impacto significativamente negativo sobre as vidas dos agressores sexuais e suas famílias.³⁵

2.2.1. Impactos causados nas oportunidades de emprego

Como resultado das leis de registro e notificação exigidas no estado da Florida, até metade de todos os delinquentes sexuais experimentam uma diminuição nas oportunidades de emprego. Isso é preocupante porque estudos têm mostrado a falta de emprego estável como um dos fatores determinantes para a reincidência. A Lei de Predadores Sexuais da Flórida não só restringe os delinquentes sexuais de trabalhar perto de locais onde as crianças frequentemente visitam, como também proíbe que esses criminosos sexuais trabalhem nos ramos do Direito, corretagem imobiliária, enfermagem, fisioterapia e educação.³⁶

Quando esses infratores finalmente encontram oportunidades de emprego que não estão restritos de obter, os empregadores ainda relutam em contratar esses indivíduos por causa de seu passado criminal. De fato, de acordo com um levantamento realizado em cinco grandes cidades dos EUA, dois terços dos empregadores responderam que nunca contratariam um agressor sexual. Infelizmente, a falta de oportunidades de emprego tem levado muitos criminosos registrados a viverem marginalizados, reiterando nas práticas delitivas para conseguir o seu sustento e o de suas famílias. Notadamente, configura-se um ciclo vicioso no qual não são oferecidas condições de trabalho ao condenado, levando-o a permanecer à margem da lei.³⁷

³⁵ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 149.

³⁶ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 149.

³⁷ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 157

2.2.2. Impactos causados pelas restrições residenciais

A maioria dos estados exige que os agressores sexuais vivam a distância mínima de 1000 metros de escolas, creches, parques e paradas de ônibus escolares. A intenção dessas restrições é reduzir a possibilidade de reincidência, diminuindo as oportunidades de convivência desses agressores com crianças. Para colocar em perspectiva o inconveniente extremo que essas restrições podem causar a alguém condenado por agressão sexual e à sua família, considere o seguinte: na cidade de Orlando, 95% das casas residenciais se encontram próximas às escolas, creches e parques, deixando somente 5% da cidade disponível para que esses residam.³⁸

Algumas cidades optaram ainda por reforçar suas zonas de segurança, estipulando requisitos ainda mais gravosos do que os estipulados pela lei estadual. Em Miami Beach, por exemplo, os delinquentes sexuais são proibidos de residir em casas a menos de 2500 metros de distância de uma escola, se a vítima tivesse menos de dezesseis anos.³⁹

Essas políticas rígidas impedem que os agressores sexuais vivam vidas estáveis, que se mostraram contraproducentes ao tentar reduzir os casos de reincidência. Mesmo quando os infratores sexuais finalmente encontram uma casa para se estabelecer, em 20 a 40% dos casos, é forçado a se retirar da residência a pedido do seu locatário ou vizinhos, depois que estes descobrem acerca do seu rótulo. Não surpreendentemente, essas restrições de residência deixaram um grande número de criminosos sexuais registrados sem abrigo em todo o estado da Flórida, dificultando ainda mais o monitoramento desses indivíduos.⁴⁰

2.2.3. Impacto gerado na família do agressor

Como afirmado anteriormente, classificar alguém como um ofensor sexual não só tem um impacto adverso na vida do agressor, mas também na vida de seus

³⁸ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 149.

³⁹ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 157

⁴⁰ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 157

entes queridos. Embora as restrições de residência tenham a intenção de manter os agressores sexuais longe de certas áreas, também afetam indiretamente os cônjuges e crianças que vivem com eles, impedindo que vivam próximos a essas áreas. Como resultado, os filhos de agressores sexuais são forçados a viver afastados.⁴¹

No que diz respeito à vida social, um levantamento dos familiares de agressores sexuais registados revelou que 86% sentiram stress em suas vidas, 77% sentiram-se isolados e 49 % tinham medo por sua própria segurança. Metade dos membros da família sondados perderam amigos como resultado de seu membro da família se tornar um ofensor sexual, e muitos que foram entrevistados admitiram que estar em uma família com um registro os impedem de participar dos eventos da sociedade.⁴²

Infelizmente, os filhos de agressores sexuais sofrem tremenda tensão emocional por conta do rótulo atribuído à seus pais: mais de metade dos membros da família entrevistados disseram que os filhos de delinquentes sexuais eram maltratados por seus pais (80%), sofriam depressão (77%), ansiedade (73%), solidão (65%) e medo pela sua segurança (63%).⁴³

Talvez o fato mais perturbador de todos seja que "um em cada oito filhos de agressores sexuais relataram tendências suicidas". As estatísticas são claras: o estabelecimento do registro do agressor sexual tem um efeito extremamente negativo não só sobre o infrator, mas também sobre a sua família.⁴⁴

2.2.4. Efeitos duradouros do registro como agressor sexual

Em 2009, o tribunal de apelação do estado de Michigan declarou que obrigar um adolescente que foi condenado por ter relações sexuais consensuais

⁴¹ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 157

⁴² TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 157

⁴³ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 157

⁴⁴ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 158

com sua namorada abaixo da idade legal de consentimento a se registrar como um criminoso sexual é uma punição cruel e de caráter perpétuo. Apesar de serem aclamadas pela sociedade, as leis de registro devem ponderar o fato de que ocasionam consequências permanentes para aquele que o recebe. Na hipótese, em se tratando de adolescentes, a decisão de classificar uma pessoa como um ofensor sexual não deve ser tomada de ânimo leve. Por esta razão, alguns estados - incluindo a Flórida - optaram por adotar as leis de Romeu e Julieta para proteger os jovens que praticavam atos sexuais consentidos de receberem o registro de criminosos sexuais.⁴⁵

2.3. A Exceção de Romeu e Julieta como mecanismo de proteção aos jovens.

Todos os estados norte-americanos possuem leis que proíbem as relações sexuais com pessoas que estão abaixo da idade de consentimento legal, contudo não há um critério etário que seja considerado a nível nacional, pois cada ente da federação estabelece sua própria legislação de acordo com sua conveniência e interesse.⁴⁶

Apenas um pequeno número de estados têm uma única idade de consentimento, variando de dezesseis a dezoito anos de idade. Para os outros estados, a idade de consentimento depende de um ou mais dos seguinte requisitos: diferenças de idade entre parceiros, idade da vítima e idade do ofensor. Quando um diferencial de idade é usado, o Estatuto próprio de cada estado especifica faixas etárias fora das quais as partes não podem exercer o consentimento para o sexo.⁴⁷

Em alguns códigos estaduais, a "idade mínima da vítima" define uma idade definitiva para que qualquer pessoa abaixo dela não possa estabelecer contato sexual, sem qualquer consideração da idade do outro indivíduo envolvido. Alguns estados se utilizam, ainda, do critério da "idade mínima do acusado", onde jovens que são maiores do que uma certa idade são processados por terem relações sexuais com um menor. Olhando para estes diferentes critérios, dos quais

⁴⁵ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 158

⁴⁶ KERN, Jana L. Trends in teen sex are changing, but are Minnesota's Romeo and Juliet Laws? *William Mitchell Law Review*, vol. 39, Minnesota, 2013. p. 1608.

⁴⁷ KERN, Jana L. Trends in teen sex are changing, but are Minnesota's Romeo and Juliet Laws? *William Mitchell Law Review*, vol. 39, Minnesota, 2013. p. 1609.

qualquer combinação pode ser feita, é necessário compreender a lei em um estado específico, analisando-se caso a caso.⁴⁸

Devido ao fato de que os legisladores estão se tornando cada vez mais conscientes acerca da sexualidade adolescente e das possíveis consequências de ser rotulado como agressor sexual, vários estados promulgaram estatutos para proteger esses jovens da acusação de estupro de vulnerável. Esses estados parecem reconhecer que o sexo entre dois jovens é de alguma forma menos punível que o sexo entre um jovem e um adulto. As disposições podem impor penalidades mais leves quando ambas as partes estiverem próximas à idade de consentimento estabelecida ou até mesmo descriminalizar a atividade completamente.⁴⁹

A fim de proteger os jovens amantes – tal como na obra de Shakespeare – os estados passaram a adotar as Exceções de Romeu e Julieta. Esses dispositivos determinam previsões de faixa etária que legalizam as relações entre os jovens, também chamadas de *close-in-age exception*. Se o menor está acima de uma certa idade, o crime é cometido somente se o acusado for um número especificado de anos mais velho do que a suposta vítima. A partir de 2012, trinta e um estados dos EUA utilizam esse critério. Dependendo do estado, a diferença de idade pode ser de dois a seis anos mais velho do que o menor, mas na maioria das vezes varia de três a quatro anos.⁵⁰

No Colorado, por exemplo, a agressão sexual é cometida se, no momento do ato, a vítima tinha menos de quinze anos de idade e o ator era pelo menos quatro anos mais velho que a vítima ou se a vítima tem no mínimo quinze anos, mas menos de dezessete anos e o ator é pelo menos dez anos mais velho que a vítima, não sendo seu cônjuge.⁵¹

Na Flórida, qualquer ato sexual com menor de 16 anos configura a prática do crime de estupro de vulnerável, conforme se depreende do § 800.04, do Estatuto do estado:

⁴⁸ KERN, Jana L. Trends in teen sex are changing, but are Minnesota's Romeo and Juliet Laws? William Mitchell Law Review, vol. 39, Minnesota, 2013. p. 1609.

⁴⁹ KERN, Jana L. Trends in teen sex are changing, but are Minnesota's Romeo and Juliet Laws? William Mitchell Law Review, vol. 39, Minnesota, 2013. p. 1610

⁵⁰ KERN, Jana L. Trends in teen sex are changing, but are Minnesota's Romeo and Juliet Laws? William Mitchell Law Review, vol. 39, Minnesota, 2013. p. 1610

⁵¹ KERN, Jana L. Trends in teen sex are changing, but are Minnesota's Romeo and Juliet Laws? William Mitchell Law Review, vol. 39, Minnesota, 2013. p. 1611.

“Uma pessoa se envolve em atividade sexual com uma pessoa com doze anos de idade ou mais, mas com menos de dezesseis anos de idade; Ou incentiva qualquer pessoa com menos de dezesseis anos de idade a praticar abuso sadomasoquista, bestialidade sexual, prostituição ou qualquer outro ato que envolva atividade sexual comete estupro de vulnerável, um crime de segundo grau.”⁵²

Além disso, a legislação é incisiva no sentido de que a falta de castidade da vítima ou o consentimento dessa não constitui defesa para os crimes proscritos por esta seção. E corrobora ainda que a ignorância do perpetrador sobre a idade da vítima, a falsa representação de sua idade ou a crença fidedigna do agressor sobre a idade da vítima não pode ser levantada como tese defensiva.⁵³

Um ofensor incurso nas penas da seção §800.04 dos Estatutos da Flórida é automaticamente rotulado como delinquente sexual, a menos que o infrator satisfaça dois requisitos: primeiro, ele não deve ser "mais do que quatro anos mais velho do que a vítima". Em segundo lugar, não pode ser reincidente em outras ofensas sexuais semelhantes. Noutras palavras, se o infrator possuir a seu favor esses dois elementos, poderá se beneficiar da Exceção de Romeu e Julieta para remover a obrigatoriedade de se registrar como ofensor sexual e responder apenas por uma contravenção penal.⁵⁴

Os defensores do caráter absoluto das leis de estupro argumentam que a atividade sexual entre duas pessoas, independentemente de quão próxima seja a idade de ambas as partes, não pode ser considerada consensual se um dos envolvidos estiver abaixo da idade de consentimento. Os que são a favor da relativização por meio da aplicação da Exceção de Romeu e Julieta, no entanto, argumentam que essas leis - muitas vezes - punem desnecessariamente adolescentes que estão envolvidos amorosamente, sendo que em outras circunstâncias, a relação sexual entre esses seria considerada - se não fosse a idade - totalmente consensual.⁵⁵

⁵² FLORIDA. Florida Statute, Chapter 800, § 800.04, 2016.

⁵³ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 160.

⁵⁴ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 160.

⁵⁵ Ibidem. p. 161.

Aqueles que são contra as Exceções argumentam ainda que os atos que legalmente seriam classificados como sexo consensual não são, na realidade, totalmente consensuais quando se trata de adolescentes, devido à manipulação por parte dos mais velhos, que se aproveitariam da inocência da vítima. Michelle Oberman - em seu artigo intitulado *"Turning Girls into Women: Re-Evaluating Modern Statutory Rape Law"* (tradução: Transformando garotas em mulheres: reavaliando a Moderna Lei de Estupro) - discute acerca da validade do consentimento, que representa um elemento importante nas relações sexuais, mas é claramente negligenciado em casos de estupro de vulnerável, devido à linguagem destas leis, que proíbem estritamente que menores possam consentir.⁵⁶

Não há dúvida quanto à importância das leis de estupro. Crianças e adolescentes estão sob um risco contínuo de sofrerem abusos sexuais por indivíduos mais velhos e é dever do Estado protegê-los de tais violações, impondo penas cada vez mais severas para esse tipo de crime. Os ofensores de tais leis recebem geralmente prisões prolongadas e são obrigados a se registrarem como ofensores sexuais após sua liberação. No entanto, é importante realizar um questionamento acerca da necessidade de consequências tão gravosas quando se trata de relação sexual entre dois adolescentes, com consentimento mútuo.⁵⁷

Em *Jaibail*⁵⁸, Carolyn também relata que a implementação de leis rígidas passaram a preocupar diversos grupos acerca dos seus efeitos potencialmente adversos:

- a) Uma adolescente grávida numa relação consensual poderia ser impedida de procurar cuidados pré-natal por medo de que seu parceiro seja preso durante a infância do seu filho ou registrado como um criminoso sexual se condenado ao crime de estupro, mesmo que ele assuma a criança e permaneça em um relacionamento com a mãe;

⁵⁶ OBERMAN, Michelle. *Turning Girls into Women: Re-Evaluating Modern Statutory Rape Law. Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 85, Chicago, 1995.

⁵⁷ TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014, p. 161.

⁵⁸ COCCA, Carolyn. *Jailbait: The Politics of Statutory Rape Laws in the United States*. New York: State University of New York, 2004, p. 27.

b) Uma adolescente grávida numa relação não consensual poderia de modo semelhante ser dissuadida a denunciar o agressor por temer algum tipo de represália;

c) Uma adolescente grávida que deseja fazer um aborto pode ficar mais propensa a procurar uma clínica ilegal, de modo a evitar a exigência judicial de que indique o nome do pai da criança;

Carolyn E. Cocca ainda afirma que as leis de estupro, se fossem aplicadas de modo a não permitir a relativização da conduta, apenas serviriam para marginalizar a sexualidade e a gravidez na adolescência, o que em nada contribuiria para o efetivo acompanhamento e acolhimento desses jovens⁵⁹.

Claro, isso não é sugerir que todos os estados devem permitir livremente relações sexuais entre os adolescentes mais velhos e aqueles abaixo da idade de consentimento. Em vez disso, na maior parte dos Estados Unidos, tais atos ainda são criminalizados. Entretanto, no máximo, o agressor vai ser responsabilizado apenas por uma contravenção penal, e não pelo crime de estupro de vulnerável. Essa benesse, além de diminuir consideravelmente sua pena, também retira a obrigação de se registrar como ofensor sexual. Além disso, na maioria dos estados, um réu que cai sob o âmbito da Romeu e Julieta exceção não é obrigado a se registrar como um sexual condenado ofensor sexual.⁶⁰

Para tanto, deve-se analisar a correta aplicação da lei em cada caso concreto, afim de que essa não perca seu objetivo principal, que é proteger aqueles jovens que são presumidamente incapazes de consentir a atividade sexual. Essas leis podem ter mais de um propósito, tais como proteger os adolescentes da iniciação precoce na vida sexual, bem como de envolvimento em relacionamentos abusivos, prevenir a incidência de gravidez na adolescência e desenvolver uma consciência acerca das consequências do sexo.⁶¹

⁵⁹ COCCA, Carolyn. *Jailbait: The Politics of Statutory Rape Laws in the United States*. New York: State University of New York, 2004, p. 28.

⁶⁰ HIGDON, Michael J. *State Misdemeanant, Federal Felon: Adolescent Sexual Offenders and the INA*. Illinois: University Of Illinois Law Review, 2016.

⁶¹ KERN, Jana L. *Trends in teen sex are changing, but are Minnesota's Romeo and Juliet Laws?* William Mitchell Law Review, vol. 39, Minnesota, 2013. p. 1614.

Os legisladores devem se perguntar se esses propósitos realmente estão sendo alcançados. Revisão de pesquisas, informações estatísticas dentro do estado e outras leis estaduais, bem como a realização de audiências legislativas com profissionais da justiça criminal, auxiliará em tal avaliação.

Os dados coletados pelo sistema de saúde também são particularmente úteis a este respeito, fornecendo informações precisas e revelando a importância de fatores como a idade e o sexo das vítimas para estabelecer parâmetros seguros acerca da aplicação da Exceção de Romeu e Julieta. Em um exemplo proeminente, a Pesquisa Nacional de Crescimento Familiar – um levantamento de realizado com jovens entre 15 a 24 anos – revelou que as primeiras experiências sexuais da maioria dos entrevistados se deu aos 15 anos ou menos e com alguém que possuía uma diferença significativa de idade.⁶²

Em alguns casos, duas pessoas que se envolvem em relações sexuais consensuais e que sejam mais novos do que o determinado pela idade legal de consentimento são processadas por abusos recíprocos. Este fato não é surpreendente, onde mais de setenta por cento da população adulta acredita que a prática sexual entre adolescentes é sempre um ato condenável. A opinião pública influencia não apenas pais e autoridades, mas também a lei e a maneira como ela é executada.

Contudo, apesar da discussão moral e de qualquer idade de consentimento imposta pela lei, não há como fechar os olhos ao fato de que os adolescentes da atualidade continuam a participar de atos autônomos de experimentação sexual. A desconexão entre a opinião pública, a lei e a realidade do adolescente deixa alguns adolescentes em perigo de serem acusados de estupro e rotulados como agressores sexuais.

Uma justificação frequentemente oferecida para as leis que se pautam na “Idade de Consentimento” é proteger os jovens contra a exploração sexual por parte dos adultos. No entanto, alguns estudos mostraram que a maioria das condenações por violação da idade de consentimento estão na adolescência ou abaixo dos vinte. Na Califórnia, por exemplo, 58% dos denunciados pela prática do crime de estupro

⁶² BIERIE, David M. e BUDD, Kristen. *Romeo, Juliet and Statutory Rape*. Sexual Abuse: a Journal of Research and Treatment. Miami, 2016.

de vulnerável se encontravam nessa faixa etária. Logo, a aplicação das exceções de Romeu e Julieta se mostram indispensáveis para evitar que a tutela estatal se dê de modo desnecessário.⁶³

Em vez de considerar problemas estruturais, falhas institucionais ou contradições ideológicas, a culpa por males sociais é colocada em indivíduos que se encontram no início de suas descobertas sexuais, neste caso, os adolescentes e seus parceiros, especialmente os de baixa renda. O debate sobre as leis legais de estupro centrou-se na unicamente na moralidade privada individual, em vez de mergulhar nos verdadeiros problemas enfrentados pela sociedade acerca, da sexualização precoce de adolescentes e a violência sexual.⁶⁴

Notadamente, o Estado deve sim se preocupar com a segurança e a saúde desses jovens, contudo, se utilizar dos institutos penais para educar e punir adolescentes que desde jovens consentiram à atividade sexual se mostra demasiadamente forçoso. Fechar os olhos ao fato de que a juventude passa por um processo de adultização cada vez mais célere – a fim de manter uma convenção social que não mais deveria existir – significa condenar esses jovens a penas que lhes trarão inúmeras e danosas consequências.

Estabelecer a implementação das Exceções de Romeu e Julieta em inúmeros estados dos Estados Unidos trouxe a possibilidade de se relativizar a presunção de vulnerabilidade no crime de estupro praticado contra adolescentes, o que lhes confere maior liberdade de se relacionar, refletir acerca de suas próprias escolhas e, conseqüentemente, viver com a certeza de que não terão sua autonomia desrespeitada por leis retrógradas.

⁶³ KERN, Jana L. *Trends in teen sex are changing, but are Minnesota's Romeo and Juliet Laws?* William Mitchell Law Review, vol. 39, Minnesota, 2013. p. 1616.

⁶⁴ COCCA, Carolyn. *Jailbait: The Politics of Statutory Rape Laws in the United States*. New York: State University of New York, 2004, p. 30

3. ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE SE ADOTAR UM SISTEMA SEMELHANTE À EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Em que pese a nobre combatividade do legislador ordinário e do Poder Judiciário em prevenir a todo custo a exploração sexual de crianças e adolescentes, há que se debruçar acerca das eventuais consequências advindas do tratamento severo dado ao tema.

Admitir-se a presunção de vulnerabilidade com um caráter absoluto significa tolher não só garantias fundamentais dos considerados “autores” da infração penal, mas também daqueles adolescentes que configuram como “vítimas”, quando na verdade, ambas as partes apenas estavam desenvolvendo sua liberdade sexual de forma plena.

Impedir a relativização de vulnerabilidade ante a análise do caso concreto torna o Poder Judiciário um órgão completamente engessado e indiferente às constantes evoluções sociais suportadas pela juventude atual. Como veremos a seguir, a aplicação de instituto semelhante à Exceção de Romeu e Julieta na legislação pátria, evitaria a condenação de inocentes e revolucionaria o tratamento dado ao adolescente, retirando-o da esfera de absolutamente vulnerável.

3.1. O desenvolvimento sexual precoce dos jovens brasileiros e a necessidade de adequação das normas penais à essa realidade.

Em relevante decisão proferida em 2015, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, com a relatoria do Ministro Rogério Schietti, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a vulnerabilidade é impassível de ser mitigada, em respeito ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Em seu voto, o Relator destacou a importância da Lei nº 12.015/09 para tanto. Veja-se:

“As alterações legislativas incorporadas pela Lei nº 12.015/09 ao Título VI – Dos crimes contra a dignidade sexual, especialmente ao seu Capítulo II – Dos crimes contra vulnerável, do Código Penal, não mais permitem qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, não mais permitem qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, sua

anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento entre ela e o agente”.⁶⁵

Na hipótese que ensejou a supracitada decisão, a vítima contava com 12 anos quando começou a se relacionar sexualmente com o agressor, que contava com 25 anos de idade. O relacionamento entre os dois era consensual, amoroso e conhecido pelos pais da adolescente. Por essa razão, analisando-se o histórico da vítima e de seu envolvimento, os magistrados de Primeiro Grau optaram por afastar a tipicidade da conduta, alegando a ausência de violência real, o que afastava a situação de vulnerabilidade.

O Ministro Rogério Schietti mais uma vez rebateu esses argumentos:

“É de se perguntar: com quais dados os desembargadores concluíram que a ofendida poderia estar preparada e madura para livremente decidir sobre sua vida sexual? Ainda: qual o limite para que o infante não seja “responsabilizado” pela prática do ato sexual? E se as relações sexuais, na espécie, houvessem se iniciado quando a vítima e o recorrido começaram a namorar, ou seja, quando ela tinha oito anos de idade, ainda assim estaria “justificada” a conduta do agente?

A resposta a essas perguntas não deve ser dada pelo juiz, pois já foi dada pelo legislador, quando estabeleceu a idade de quatorze anos como limite para o livre e pleno discernimento quanto à iniciativa de uma relação sexual. Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta”.⁶⁶

Dessa forma, consolidou-se o entendimento de que a presunção de vulnerabilidade não poderia ser relativizada, considerando-se frágil o argumento de que a modernização dos valores da sociedade ensejam em uma mudança do Direito Penal. Para Schietti, “é anacrônico, portanto, qualquer discurso que procure associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas”.⁶⁷

O voto do Ministro reverbera que:

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Recurso Especial nº 1480881/PI. Relator: CRUZ, Rogério Schietti. Publicado no DJ de 10/09/2015. Disponível em http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Recurso Especial nº 1480881/PI. Relator: CRUZ, Rogério Schietti. Publicado no DJ de 10/09/2015. Disponível em http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Recurso Especial nº 1480881/PI. Relator: CRUZ, Rogério Schietti. Publicado no DJ de 10/09/2015. Disponível em http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf

“A modernidade, evolução dos costumes, o maior acesso à informação são aliados – e não inimigos – de uma necessária e crescente proteção a crianças e adolescentes, indispensável para que vivam, plenamente, o tempo da meninice, e não para que vivam o tempo de antecipar experiências da vida adulta”.⁶⁸

Contudo, em que pese o entendimento do Ministro, ignorar a evolução da sociedade em todos os seus aspectos e peculiaridades em detrimento da manutenção de uma moral ultrapassada, de origem cristã e patriarcal, resulta no tolhimento de liberdades individuais, bem como na possível responsabilização criminal por um crime hediondo, que estigmatizará o acusado até o fim de sua vida.

Conforme visto anteriormente, a reforma ocasionada pela Lei nº 12.015/2009 resultou na adoção de critérios absolutos, ou seja: a vulnerabilidade de um indivíduo é determinada exclusivamente pela presença de algum dos requisitos previstos no artigo 217-A do Código Penal:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos

§ 1o Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.⁶⁹

Dessa forma, basta que a vítima seja menor de 14 anos ou que possua alguma enfermidade, doença mental, não tenha discernimento para a prática do ato sexual ou que não seja capaz de oferecer resistência para que seja caracterizado o crime de estupro de vulnerável. Observa-se que não há qualquer menção à uma análise do caso concreto no tipo penal em questão.

O legislador, ao editar o tipo penal do artigo 217-A, criminalizou a prática de qualquer ato sexual ou libidinoso com menor de 14 anos. Ocorre que essa proibição ocasionou no cerceamento do direito à liberdade sexual daqueles jovens que já estavam em pleno processo de amadurecimento, visto que considera

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Recurso Especial nº 1480881/PI. Relator: CRUZ, Rogério Schietti. Publicado no DJ de 10/09/2015. Disponível em http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf

⁶⁹ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008

categoricamente que “nenhum adolescente é capaz de realmente consentir com atos sexuais antes de ter completado os catorze anos de idade, independentemente de seu contexto socioeconômico, químico-biológico, familiar ou, ainda, psicológico”⁷⁰.

Dessa forma, estamos diante de um caloroso embate entre o princípio da proteção integral da criança e do adolescente e os princípios da ofensividade, intervenção mínima e necessidade. De um lado, a necessidade de se proteger a juventude dos abusos sexuais. Do outro, o direito à liberdade sexual de adolescentes que são forçados a se retrair por receio de que seus parceiros sejam responsabilizados penalmente ou por medida socioeducativa.

Nucci destaca que a melhor maneira de solucionar esse conflito entre os princípios é realizando uma análise caso a caso, relativizando-se a presunção de vulnerabilidade:

“Em cumprimento aos princípios norteadores do direito penal, não basta a comprovação da idade para a tipificação do crime de estupro de vulnerável, uma vez que o critério etário não é absoluto. A melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental do suposto ofendido, para definir se é ou não vulnerável, aplicando-se a lei de maneira mais justa ao caso concreto”⁷¹.

Segundo Cezar Bitencourt, “as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea”⁷² são fatores essenciais que devem ser analisados a fim de se evitar o cometimento de injustiças.

O artigo 217-A, que prevê o crime de estupro de vulnerável, tem como objetivo resguardar o menor que não possua qualquer capacidade de discernimento. Se a suposta vítima, apesar ainda não ter completado 14 anos, já se mostra biológica e fisicamente madura, bem como possui um nível de maturidade

⁷⁰ FARIA, Aléxia Alvim Machado. VIANNA, Túlio. Maioridade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 118. Ano 24. P. 15-54. São Paulo: Ed. RT, jan-fev. 2016.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*: São Paulo, v. 902, p. 395-422, dez. 2010.

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública, 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.720 e 12.737, de 2012, São Paulo: Saraiva, 2013)

incompatível à tenra idade, não há razão lógica que justifique o impedimento de se realizar uma análise do caso concreto, com todas as suas peculiaridades.

Conforme admoestação do professor Antônio Carlos Oliveira,

“Do ponto de vista do desenvolvimento humano – cognitivo, ético, moral e emocional – pode-se afirmar que, para consentir um ato, há que se dispor de duas condições básicas, a saber: conhecimento claro das diversas implicações envolvidas em tal anuência e possibilidades efetivas de oposição e negativa – em termos de relação equânime ou minimamente equilibrada de poder”⁷³.

Noutras palavras, se há pleno conhecimento acerca de todas as consequências envolvidas na iniciação sexual precoce, bem como a ocorrência de um relacionamento saudável entre as partes, não existe motivo para não se considerar o consentimento do menor como se válido fosse. Até mesmo porque na atualidade, desde muito cedo, os jovens são bombardeados de informações, tanto pela frequente exposição à sexualidade por meio da *internet* e televisão, quanto pela preocupação de seus genitores, que – na maioria das vezes – os preparam desde a tenra idade para este momento.

Outra incógnita surge ao se debruçar acerca da idade legal convencionada no dispositivo citado. Ora, delimitar um critério meramente etário gera controvérsias. Não é razoável considerar que um adolescente com 13 anos e 364 dias possua um discernimento menor do que aquele que possui 14 anos e 1 dia. Ou seja, para a legislação pátria, a diferença de idade em único dia difere aquele que será protegido pela lei, daquele que não terá a mesma sorte. E se o indivíduo considerado mais novo possuir maior maturidade do que aquele que não está sob proteção legal?

Como bem aponta Aléxia Faria, “curioso é que a criança recém-formada e o estigmatizado adolescente infrator representam exatamente a mesma faixa etária”⁷⁴. Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, o maior de 12 anos já é capaz de ser responsabilizado pela prática de ato infracional. Lado outro, esse

⁷³ OLIVEIRA, Antônio Carlos. Abuso sexual de crianças e adolescentes: desafios na qualificação profissional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Pesquisa, 2004, p. 136

⁷⁴ FARIA, Aléxia Alvim Machado. VIANNA, Túlio. Maioridade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 118. Ano 24. P. 15-54. São Paulo: Ed. RT, jan-fev. 2016.

mesmo adolescente, que se encontra entre os 12 e 14 anos, é tratado como absolutamente incapaz para consentir à atividade sexual.

“Muito embora seja tal colocação aparentemente contraditória, não se apresenta como mais do que um simples e previsível paradoxo. Isto porque a adolescência, período legalmente compreendido entre os doze e dezoito anos, é uma etapa da vida na qual a personalidade está em fase final de estruturação e pode ser altamente influenciada pelos menores estímulos externos e internos. Ademais, não bastasse a incompletude de sua própria formação, cada indivíduo possui uma velocidade pessoal de amadurecimento, dependendo das intervenções sociais, familiares e químico-biológicas às quais se encontra submetido, o que aumenta ainda mais a dificuldade em se definir quando se configurará a capacidade de agir e compreender os próprios atos nesta faixa etária.

(...) Em um vértice, a busca pela penalização do adolescente a todo custo, como se adulto e completamente maduro fosse, sob alegações de que a sociedade atual o teria corrompido, transformando-o em um indivíduo capaz de compreender o mal que causa e escolher perfeitamente suas ações. No extremo oposto, seguem aqueles que atribuem ao adolescente, púbere e em claro desenvolvimento, as características e as habilidades típicas da infância, buscando intervenções extremas na vida privada dos jovens da aludida faixa etária.”⁷⁵

Noutras palavras, não há como se abster de analisar o caso em todo o seu conjunto, sob o viés de todas as peculiaridades que o englobam. O fato social existente no precoce amadurecimento sexual das novas gerações é ignorado pela legislação e por grande parte da jurisprudência.

O que se mostra é um excesso de paternalismo por parte do legislador e daqueles que entendem a vulnerabilidade como um fator absoluto. Não há como se proteger tabus apenas porque parcela da sociedade encara um determinado comportamento como negativo.

Como bem pondera Adelina Carvalho, “embora possa não ser recomendável a prática sexual com pessoa maior de 12 e menor de 14 anos de idade, o despertar precoce dos desejos sexuais dos mais jovens é fato que existe e deve ser respeitado, assim como as opções diferentes decorrentes da evolução, boa ou má, dos costumes”.⁷⁶

Em observância ao princípio da lesividade, se não há ofensa ao bem jurídico tutelado, qual seja a dignidade sexual, não há justificativa para a aplicação

⁷⁵ FARIA, Aléxia Alvim Machado. VIANNA, Túlio. Maioridade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 118. Ano 24. P. 15-54. São Paulo: Ed. RT, jan-fev. 2016.

⁷⁶ CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência presumida*. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2006.

do Direito Penal, que deve ser utilizado sempre como medida de *ultima ratio*. Responsabilizar criminalmente um indivíduo em razão das convicções de um determinado grupo social é uma afronta ao referido princípio, posto que retira dos adolescentes – que já desenvolveram a capacidade de consentir e o desejo e compreensão concernente aos atos sexuais – a sua liberdade de auto determinação sexual.

O peso de uma futura condenação pela prática do crime de estupro de vulnerável (ou ato infracional análogo a este) terá efeitos imensuráveis na vida daquele que teve relações sexuais consentidas com um menor de 14 anos. Na lição de Aléxia Alvim,

“Tal prejuízo não pode ser apenas às convicções ou crenças de determinado círculo social, é necessário que haja dano a algo ou alguém e que este seja grave a ponto de justificar a ação penal como uma tentativa de evitá-lo. Logo, mesmo que quase todas as pessoas do país se posicionassem moralmente contrárias a determinado ato realizado pelo grupo social não dominante, que ninguém prejudica ao realizá-lo, não seria isto o suficiente para criminalizá-la. Caso fosse possível criminalizar uma conduta tão somente por ser esta um tabu considerado inaceitável pela maioria, além de se ter uma imposição inteiramente antidemocrática da maioria frente à minoria, seria uma afronta à lógica e aos princípios constitucionais da lesividade, pois se a conduta não lesa ou ao menos gera riscos de lesão a direitos alheios, não há porque ser proibida. O ato imoral ou reprovável, porém não lesivo jamais poderá, portanto, ser objeto de tipificação”.⁷⁷

A capacidade de expressar sua vontade de forma válida, bem como a maturidade e desenvolvimento fisiológicos necessários para tanto devem ser analisados por uma equipe interprofissional ou multidisciplinar do juízo, que deve ser composta por psicólogos, psiquiatras e médicos. Somente após essa avaliação, poderá se ter um panorama acerca do relacionamento existente entre a vítima e o agente e, conseqüentemente, se essa possui real capacidade para consentir ou se o ato foi induzido por manipulação do agressor.

Como defendido por Antônio Carlos Oliveira:

“A melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade da vítima e das condições desta de oferecer resistência, inclusive com estudo elaborado pela equipe interprofissional ou multidisciplinar do juízo. Por fim, destaca-se que eventuais experiências sexuais anteriores devem ser valoradas, mas de forma respeitosa, sem etiquetamentos preconceituosos.

⁷⁷ FARIA, Aléxia Alvim Machado. VIANNA, Túlio. Maioridade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Vol. 118. Ano 24. P. 15-54. São Paulo: Ed. RT, jan-fev. 2016.

Assim, com fundamento na intervenção mínima, na fragmentariedade e no princípio da adequação social, defende-se a relativização.”⁷⁸

Dessa forma, ainda que o legislador objetivasse a proteção, de maneira absoluta, da dignidade sexual dos menores de 14 anos, o fato de não ter feito previsões acerca de hipóteses de relativização que permitem a análise excepcional do caso concreto, acabou por provocar um engessamento da norma penal, dificultando a sua aplicação em casos práticos, posto que deixou de analisar as diversas peculiaridades que circundam a sexualidade de um indivíduo.

Roxin propõe a seguinte reflexão:

“De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada do caso concreto, ainda que não integrável ao sistema? (...) A fraqueza dos sistemas abstratos não está somente em sua posição defensiva contra a política criminal, mas, mais geralmente, no desprezo pelas peculiaridades do caso concreto, no fato de que, em muitos casos, a segurança jurídica seja salva à custa da justiça.”⁷⁹

Noutras palavras, ainda que a maturação sexual precoce de crianças e adolescentes seja um tabu em nossa sociedade, conceder um caráter absoluto à presunção de vulnerabilidade com o intuito de desacelerar esse desenvolvimento para que estes indivíduos “vivam, plenamente, o tempo da meninice, e não para que vivam o tempo de antecipar experiências da vida adulta”⁸⁰, significa se abster da realidade concreta da juventude atual, que está imersa em particularidades relacionadas às diversas diferenças sociais, religiosas e culturais existentes e que se modificam numa velocidade exorbitante, correndo o risco – quase que certo – de se cometer graves injustiças.

Alguns magistrados possuem entendimento contrário àquele que foi firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso demonstra que o Poder Judiciário, ainda que a passos lentos, vêm se questionando acerca da necessidade de se enfrentar o tema com os olhos do presente, sem se influenciar por tabus sociais.

Exemplo disso é o posicionamento defendido pela 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Para o colegiado, a mera aplicação do

⁷⁸ OLIVEIRA, Antônio Carlos. Abuso sexual de crianças e adolescentes: desafios na qualificação profissional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Pesquisa, 2004, p. 136

⁷⁹ ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual. Comentários à Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Ed. RT, 2009

disposto no artigo 217-A, mediante o enquadramento da vítima na faixa etária abaixo dos 14 anos, não é o bastante para a caracterização do crime de estupro de vulnerável. No acórdão, os desembargadores explanam que é necessária a análise do contexto dos fatos para que seja possível aferir a vulnerabilidade do menor.

Na hipótese dos autos, a 6ª Câmara optou por manter decisão proferida pelo magistrado de primeiro grau, que constatou a atipicidade da conduta praticada pelo indiciado, de 18 anos, que mantinha um relacionamento duradouro – e com a ciência dos pais – com uma adolescente de 12 anos.

Em seu voto, o Desembargador Vanderlei Kubiak ressaltou a necessidade de se atualizar a aplicação da Lei Penal ante as evoluções sociais da juventude contemporânea. Veja-se:

“Não se mostra viável a aplicação da Lei Penal, na sua literalidade, levando-se em consideração, tão somente, a idade da vítima, sem que seja analisado o contexto fático em que ocorreu a atuação descrita como criminosa, sopesando, assim, a sua vulnerabilidade.

Atualmente, podemos verificar que as informações são disseminadas de forma quase irrestrita e com velocidade acentuada, de modo que os jovens se desenvolvem intelectual e cognitivamente de forma cada vez mais precoce.

Assim, sendo a análise isolada da faixa etária da suposta vítima, sem levar em consideração a realidade social, em alguns casos, como o dos autos, revela o não acompanhamento da transformação dos comportamentos na sociedade contemporânea.”⁸¹

Noutras palavras, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul firmou seu entendimento de forma favorável à relativização da vulnerabilidade por considerar que a legislação deve acompanhar as transformações inerentes à evolução da forma de agir e pensar da juventude atual.

Guilherme Nucci, corroborando com tal entendimento, traz à tona o questionamento acerca da incongruência existente entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Penal. Veja-se:

“A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto – sem consenso, a bem da

⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 6ª Câmara Criminal. Acórdão em segredo de justiça. Relatora Desembargadora Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak. Disponível – com modificações – em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-modificado-6a-camara-criminal.pdf>

verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real.

O legislador brasileiro encontra -se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Creemos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais.⁸²

Dessa forma, evidencia-se a necessidade gritante de se implantar mecanismos de defesa aos adolescentes que se sentem aptos à iniciar a vida sexual. A adoção de Exceções, como as aplicadas nos Estados Unidos, seria um meio eficaz de relativizar a vulnerabilidade para conferir o direito à liberdade de indivíduos que estão no ápice de suas descobertas e desenvolvimento sexual.

A aplicação de instituto semelhante às Leis de Romeu e Julieta no ordenamento brasileiro, traria a curto prazo a possibilidade de se descriminalizar a relação sexual entre jovens de idades semelhantes, evitando-se assim uma injusta condenação. Já a longo prazo, serviria como o pontapé inicial para que os legisladores e magistrados possam analisar a vulnerabilidade dos menores de 14 anos de acordo com o caso concreto, sem um viés absoluto.

Pautando-se no direito comparado, a jurisprudência começa a dar pequenos passos nesse sentido. Exemplo disso é a decisão proferida pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. No caso concreto, os julgadores optaram por absolver o réu – que contava com 21 anos à época do fato –, que se relacionou sexualmente com uma jovem de 12 anos.

Ao classificar a conduta como atípica, o Desembargador Leandro Crisprim sustenta que “a pequena diferença de idade entre a vítima, com 12 anos, e o acusado, com 21 anos, demonstra não ter havido entre eles temor reverencial ou domínio psicológico”.⁸³

Para fundamentar tal posicionamento, o magistrado se utilizou da lei norte-americana. Veja-se:

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: Comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, pp. 37-38):

⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. 2ª Câmara Criminal. Acórdão. APR nº 03471174020138090095. Relator Desembargador Leandro Crisprim. Data de julgamento: 02/05/2017. Publicado no DJe em 27/07/2017.

“Pertinente mencionar um tema recente utilizado em alguns julgados de magistrados atuantes em nosso Estado, que deu tratamento jurídico diverso, se a diferença de idade entre os protagonistas do ato sexual é pequena: a chamada exceção Romeu e Julieta (Romeo and Juliet Law).

Essas leis foram criadas pelos Estados norte-americanos, de inspiração shakespereana e, por elas, não há crime em casos de relacionamento sexual entre pessoas cuja diferença de idade é pequena.

Afinal, deve-se levar em consideração que ambos estão no mesmo momento de descoberta da sexualidade.

Não se pode olvidar, também, do direito italiano, onde o ato sexual realizado entre menores não é punido, quando a diferença de idade entre eles for de até três anos de idade.

E, ainda, para as hipóteses em que a diferença de idade é um pouco maior, casos menos graves, foi estabelecida uma causa de diminuição de pena de até dois terços”.⁸⁴

Dessa forma, o eminente desembargador não só reconheceu a absolvição ao acusado, como também criou o precedente para aplicação da Exceção de Romeu e Julieta no ordenamento brasileiro:

Na esteira do direito comparado, o direito brasileiro deveria adotar orientação semelhante para os casos em que não for constatada a exploração sexual dos adolescentes e tratar-se a hipótese de atos sexuais cometidos entre adolescentes/jovens, de livre e espontânea vontade, sem resultar em mudança comportamental ou abalo psicológico.

Diante disso, não é absurdo afirmar que o apelante, no vigor de sua juventude, contemplando as atitudes da menor, de cortejá-lo, de querê-lo, bem como entendendo pela compleição física já avantajada da ofendida, agiu, para ele, dentro de um contexto legítimo.

Por mais que toda a legislação caminhe para buscar a proteção do ente mais desfavorecido, não se pode, por outro lado, “cerrar os olhos para situações especiais da vida humana que, de certo modo, afastam a tipicidade no caso concreto.”⁸⁵

No julgamento da apelação nº 0004206-56.2014.8.12.0002, no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, o Desembargador Manoel Mendes Carli, para fundamentar seu voto, que afastou a condenação do réu que possuía um relacionamento amoroso com a vítima, se utilizou da boa doutrina de João Batista Costa Saraiva:

“Se a legislação brasileira reconhece a condição de adolescente desde os doze anos de idade; permite que viaje desacompanhado por todo território nacional, autoriza sua privação de liberdade na hipótese de autoria de um delito, além de diversas outras prerrogativas, como o direito de ser ouvido e

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. 2ª Câmara Criminal. Acórdão. APR nº 03471174020138090095. Relator Desembargador Leandro Crisprim. Data de julgamento: 02/05/2017. Publicado no DJe em 27/07/2017.

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. 2ª Câmara Criminal. Acórdão. APR nº 03471174020138090095. Relator Desembargador Leandro Crisprim. Data de julgamento: 02/05/2017. Publicado no DJe em 27/07/2017.

sua palavra considerada; exagera a norma a fixar em 14 e não em 12 anos a idade limite, ao menos sem estabelecer uma regra como a 'Exceção de Romeu e Julieta'. Em matéria de relacionamento sexual entre adolescentes, a nova regra do art. 217 exagera em face da realidade do País e de nossa adolescência, podendo criminalizar a conduta de muitos adolescentes e pré-adolescentes na descoberta de sua sexualidade”⁸⁶.

Por fim, o Desembargador Relator ressalta a necessidade de se afastar a presunção absoluta, fazendo uma análise minuciosa do caso em concreto:

“Não obstante a suposta vítima contar com 13 anos à época dos fatos narrados na peça acusatória, descabe a presunção absoluta de violência nos termos do art. 217-A, do CP, visto que patente o seu entendimento e assentimento quanto aos fatos supostamente delituosos imputados ao apelante.

A vítima afirmou em juízo que manteve relações sexuais de forma consentida com o apelado (negando qualquer tipo de abuso ou violência). Afirmou ainda que a sua mãe sabia do seu relacionamento com o apelado, inclusive das relações sexuais. Destacou que quando manteve relação com o apelante já não era mais virgem, inclusive já tomava pílulas anticoncepcionais desde os 12 anos de idade. Ressaltou ainda que a sua primeira relação sexual aconteceu quando tinha 11 anos de idade e que antes do acusado já tinha mantido relação sexual com oito ou nove indivíduos.

Ora, apesar de a menor contar com 13 anos à época dos fatos, está suficientemente demonstrado nos autos que manteve um namoro com o apelante, conhecendo-se plenamente dos assuntos ligados ao sexo.

Não é crível que se possa aplicar a norma penal com presunção absoluta em relação a uma menor de 13 anos nos dias atuais, principalmente diante das provas acostadas aos autos que foram fartamente exploradas pelo colega singular.

A norma penal em exame, reflexo da conjuntura social e histórica, encontra-se em descompasso com a realidade, devendo o julgador analisar o conteúdo normativo-punitivo, extraindo-se deste a necessidade, adequação e eficácia da sua aplicação.

A norma incriminadora *ipsis litteris* nem sempre traduzirá a tutela de um bem jurídico legítimo no caso em concreto, restringindo-se arbitrariamente as liberdades, ou seja, transformando por meio legiferante atos consensuais sobre bens e direitos disponíveis em crimes com alto grau de punição”⁸⁷.

Percebe-se que o estado do Rio Grande do Sul é pioneiro em aplicar mecanismo semelhante à *Romeo and Juliet Law* para resolver casos em que há o envolvimento amoroso e sexual de adolescentes inclusos em faixa etária semelhante.

⁸⁶ SARAIVA, João Batista Costa. O 'depoimento sem dano' e a 'Romeo and Juliet Law'. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 205, p. 12-13, dez.2009.

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. 1ª Câmara Criminal. Apelação nº 0042065620148120002/MS. Relator: Desembargador Manoel Mendes Carli. Data de julgamento: 23/02/2015, Data de publicação no DJe: 19/03/2015.

No acórdão elaborado em razão do julgamento da apelação nº 70070131503/RS, o Desembargador Alexandre Kreutz citou os mesmos dizeres – já transcritos anteriormente – da lição de João Batista Costa Saraiva, fazendo remissão à Exceção de Romeu e Julieta para determinar a atipicidade da conduta:

“Assim, embora demonstrada a prática da conjunção carnal com pessoa menor de 14 anos de idade, tem-se que a diferença de idade entre os jovens protagonistas do fato, aliada ao consentimento manifestado pela “ofendida”, não configura estupro de vulnerável”.⁸⁸

Dessa forma, o que se verifica com a análise de tais decisões é que a aplicação da Exceção de Romeu e Julieta para nortear o convencimento do magistrado, é medida que evitaria o engessamento do Direito Penal, que – na atual situação – insiste em não acompanhar as evoluções sociais, bem como conferiria ao magistrado maior autonomia para analisar o caso concreto e verificar a validade do consentimento e o grau de vulnerabilidade.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível. Apelação nº 70070131503/RS. Relator: Desembargador Alexandre Kreutz. Data de julgamento: 13/07/2017. Data de publicação no DJe: 20/07/2017.

CONCLUSÃO

O debate acerca da possibilidade de se relativizar a presunção de vulnerabilidade no crime de estupro praticado contra o menor de 14 anos é um grande impasse no atual cenário doutrinário e jurisprudencial. De um lado, o princípio da proteção integral ao menores. Do outro, o direito à liberdade e autonomia sexual.

Questiona-se qual seria o limite plausível a ser imposto à intervenção estatal na esfera privada de um indivíduo, ainda que em tenra idade. No Brasil, o posicionamento majoritário, reforçado pela emblemática decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em 2015, determina, noutras palavras, que o Direito Penal deve se abster das mudanças sociais, culturais e religiosas. Tudo, vale dizer, sob o argumento de que ao abrir brechas à relativização, estaríamos colocando em risco a integridade física/sexual de crianças e adolescentes.

A legislação norte-americana encontrou uma maneira razoável de dirimir esse conflito, aplicando as Exceções de Romeu e Julieta, que permitiram aos magistrados analisar o caso concreto para evitar a condenação de adolescentes que apenas estavam se descobrindo sexualmente com seus parceiros.

Nota-se, que ao mesmo tempo em que a *Romeo and Juliet Law* descriminaliza o relacionamento entre jovens de idades próximas, ela também estabelece condições mais gravosas para aqueles casos em que realmente houve a violência sexual, como a imposição de registro permanente como agressor sexual e todas as suas consequências.

Dessa forma, o país adotou um sistema que pune com mais severidade o verdadeiro agressor sexual e assegura à jovens e adolescentes tratamento diferenciado, permitindo que esses exerçam de maneira ampla sua sexualidade.

No Brasil, é perceptível um certo tabu – tanto pelo legislador ordinário, quanto pelo Poder Judiciário – no que tange à sexualidade de crianças e adolescentes. Se faz necessária a aplicação de um mecanismo relativizador, que permita ao magistrado a análise do caso concreto.

O medo de rejeição pela sociedade, bem como de que seu parceiro seja criminalmente responsabilizado por um crime da gravidade imposta pelo artigo 217-A do Código Penal, gera efeitos negativos, que refletem não só no adolescente, como também em todas as estruturas sociais.

O receio de contar aos pais, médicos, professores ou qualquer outro indivíduo que detenha um papel de autoridade, acaba por resultar em gravidez precoce, contágio por doenças sexualmente transmissíveis, casos severos de depressão, entre outras mazelas.

O que se defende no presente trabalho, não é a retirada da presunção de vulnerabilidade e, por conseguinte, a desproteção de crianças e adolescentes. Defende-se, somente, que o Juiz singular tenha a discricionariedade de analisar clinicamente o caso concreto e todas as suas peculiaridades.

Qual o verdadeiro grau de consentimento da vítima? Existia um relacionamento sério entre os dois? Há a constituição de uma família? Qual o grau do impacto de uma possível condenação para ambos? Essas e muitas outras perguntas devem ser levadas em consideração pelo magistrado, a fim de se evitar o cometimento de injustiças e desproporcionalidades que afetarão – para sempre – a vida de dois jovens.

Em princípio, a aplicação de instituto semelhante às Exceções de Romeu e Julieta no ordenamento jurídico brasileiro, significaria um grande avanço, em especial para os relacionamentos sexuais entres indivíduos com idades próximas. Essa abertura, ocasionaria o início de uma mudança geral no pensamento de legisladores e magistrados, que passariam a enxergar crianças e adolescentes não só como seres dotados de inocência e vulnerabilidade incontestáveis, mas também como detentores de plena capacidade de se autoafirmarem e tomarem suas próprias decisões.

Ainda que não seja o recomendável, querido ou até mesmo aceito por uma sociedade enraizada de preconceitos culturais, morais e religiosos, a iniciação sexual precoce é uma realidade marcante no Brasil. Enquanto é velada por um lado, por outro é constantemente estimulada, através da “adultização” precoce da infância, que não pode ser contida simplesmente por leis ou decisões judiciais. A

mídia, por meio de programas de televisões, filmes e seriados, e a internet, sobretudo, influenciam de modo eficaz a sexualização de crianças e adolescentes, despertando-os para um mundo de descobertas.

Com tantas informações – muitas vezes equivocadas – disponíveis, é natural que a maturação sexual ocorra de forma prematura. E o Direito, sobretudo em matéria criminal, deve estar atento à tais evoluções, sob pena de ferir princípios importantes, tais como o da ofensividade e da intervenção mínima. O Poder Judiciário não pode ater seus julgamentos à amarras morais e religiosas, devendo proteger todos os indivíduos de maneira ampla e igualitária.

Utilizar o preceito do *close-in-age exception* como um complemento ao tipo penal previsto no artigo 217-A, afastaria o critério meramente etário utilizado atualmente pelo Código Penal, permitindo-se analisar com mais cuidado a lesividade da conduta, com intuito de verificar se a liberdade sexual (ou mesmo a vulnerabilidade) foram violadas.

Não cabe ao legislador, tampouco ao Judiciário determinar o marco etário adequado para que um jovem se inicie sexualmente. Contudo, já que isso ocorre, devem ser adotadas exceções, a fim de proteger tanto a criança que não possui nenhum discernimento para a prática sexual, quanto o adolescente que já se sente preparado para tanto.

REFERÊNCIAS

BIERIE, David M. e BUDD, Kristen. *Romeo, Juliet and Statutory Rape*. Sexual Abuse: a Journal of Research and Treatment. Miami, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública, 7. edição, São Paulo: Saraiva, 2013).

BUSATO, Paulo César. Direito Penal. Parte Especial 1. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Recurso Especial nº 1480881/PI. Relator: Ministro Rogério Schietti. Publicado no DJe em 10/09/2015. Disponível em http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Estupro_Vulner%C3%A1vel_Repetitivo.pdf

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. AgRg no REsp 1435416/SC. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Julgado em 14/10/2014. Publicado no DJe em 03/11/2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 945868/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 17/02/2016. Data de publicação no DJe: 23/02/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. 2ª Câmara Criminal. Acórdão. APR nº 03471174020138090095. Relator Desembargador Leandro Crisprim. Data de julgamento: 02/05/2017. Publicado no DJe em 27/07/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. 1ª Câmara Criminal. Apelação nº 0042065620148120002/MS. Relator: Desembargdor Manoel Mendes Carli. Data de julgamento: 23/02/2015, Data de publicação no DJe: 19/03/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 6ª Câmara Criminal. Acórdão em segredo de justiça. Relatora Desembargadora Vanderlei Teresinha

Tremeia Kubiak. Disponível – com modificações – em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-modificado-6a-camara-criminal.pdf>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível. Apelação nº 70070131503/RS. Relator: Desembargador Alexandre Kreutz. Data de julgamento: 13/07/2017. Data de publicação no DJe: 20/07/2017.

COCCA, Carolyn. *Jailbait: The Politics of Statutory Rape Laws in the United States*. New York: State University of New York, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José. Código Penal comentado. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTEFAM, André. Crimes Sexuais. Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIA, Aléxia Alvim Machado. VIANNA, Túlio. Maioridade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 118. Ano 24. P. 15-54. São Paulo: Ed. RT, jan-fev. 2016.

FLORIDA. Florida Statute, Chapter 800, § 800.04, 2016.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, v. III, Parte Especial, 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 532-534.

HIGDON, Michael J. *State Misdemeanant, Federal Felon: Adolescent Sexual Offenders and the INA*. Illinois: University Of Illinois Law Review, 2016.

KERN, Jana L. Trends in teen sex are changing, but are Minnesota's Romeo and Juliet Laws? *William Mitchell Law Review*, vol. 39, Minnesota, 2013. p. 1608.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. Crimes Contra a Dignidade Sexual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Moralidade, Vulnerabilidade e Dignidade Sexual. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 68, jun./jul. 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato. Manual de Direito Penal, 2. 31ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual. Comentários à Lei 12.015 , de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Ed. RT, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: as alterações trazidas pela Lei 12.015/2009*. Artigo disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/crimes-contra-dignidade-sexual-alteracoes-trazidas-pela-lei-12-0152009>. Acesso em 08/06/2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 902, p. 395-422, dez. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípio da Intervenção Mínima e Contravenções Penais*. Artigo disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/principio-da-intervencao-minima-e-contravencoes-penais>. Acesso em 09/06/2017.

OBERMAN, Michelle. *Turning Girls into Women: Re-Evaluating Modern Statutory Rape Law*. *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 85, Chicago, 1995.

OLIVEIRA, Antônio Carlos. Abuso sexual de crianças e adolescentes: desafios na qualificação profissional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Pesquisa, 2004.

ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARAIVA, João Batista Costa. O 'depoimento sem dano' e a 'Romeo and Juliet Law'. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 205, p. 12-13, dez.2009.

TOVER, Jake. For Never Was a Story of More Woe Than This of Juliet and Her Romeo - An Analysis of the Unexpected Consequences of Florida's Statutory Rape Law and Its Flawed "Romeo and Juliet" Exception. *Nova Law Review*, vol. 38, Flórida, 2014.